XVII.

Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen.

Von

Herrn **Karl Fuchs**,
kurf. hess. Amtsassessor a. D. in Hanau.

(Schluß des Aufsatzes Nr. X. im vorigen Heft.)

---

§. 7. Wir gelangen nunmehr zu den einzelnen Obligationen nach der Verschiedenheit des Schuldgrundes.

I. Einseitige Obligationen (bei denen ich aus nahe liegenden Gründen die s. g. obligationes bilaterales inaequales und die Innominatkontrakte einbegreife).

Hier trägt im Falle der ohne culpa des Debitor eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung der Creditor, andern Falls der Debitor die Gefahr. Es versteht sich übrigens von selbst, daß, wenn Fungibilien Gegenstand der Leistung sind, hier das oben im §. 5. II. Gesagte Platz greift.

1) Darlehn. §. 2. I. quibus modis re c. 3, 14. fr. 4. pr. 11. pr. 9. §. 9. de r. c. 12, 1. fr. 1. §. 4. de obl. et act. 44, 7. — fr. 6. de d. m. e. 44, 4. fr. 73. §. 2. de v. o. 45, 1. fr. 72. pr. de sol. 46, 3.

2) Condictio indebiti. Hier haftet der Empfänger bloß für Rückgabe des Empfangenen, insoweit er dadurch bereichert ist. fr. 65. §. 7. h. t. 12, 6. Wächter l. c. p. 123 sq. Mit dieser Modification tritt der obige Grundsatz ein. fr. 65. §. 8. h. t. Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius: si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti et ut hereditatem eius restituas.

Erfolgt also die Manumission nach erlangter Kenntniß vom indebitum (wobei zugleich zu unterstellen ist, daß diese Kenntniß erst nach Empfang des Indebitums dem Empfän-

ger zugekommen ist, weil andern Falls derselbe sich durch Annahme des Sklaven eines Furtums schuldig gemacht, das Eigenthum daran nicht erworben und folgeweise die Freilassung keine Geltung hätte), so ist die Unmöglichkeit der Leistung vom Empfänger verschuldet, die Obligation perpetuirt und an die Stelle des Sklaven seine Aestimation getreten, wußte aber der Empfänger Nichts vom indebitum, so ist er liberirt, soweit er nicht durch Besitz und Benutzung des Sklaven reicher geworden ist.

3) Commodat. fr. 18. pr. h. t. 13, 6.[1]) (Gaius), ebenso Gaius in fr. 1. §. 4. de obl. et act. 44, 7. §. 2. I. quibus modis re 3, 14. fr. 5. §. 4. 12. §. 1. 20. h. t. 13, 6.

4) Depositum. fr. 20. ht. 16, 3. Si sine dolo malo rem depositam tibi amiseris, nec depositi teneris, nec cavere debes, si deprehenderis, eam reddere.[2])

5) Contractus pigneratitius. fr. 30. h. t. 13, 7: Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit. Si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si de-

---

1) In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat, alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet.

2) fr. 12. §. 3. eod. — Sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius, apud quem depositum fuerit, est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit. — fr. 14. §. 1. eod. c. 1. h. t. 4, 34.

bitor sua voluntate concessit ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim majorem.[3])

6) Prekarium. fr. 8. §. 5—6. h. t. 43, 26: Si servitute usus non fuit is, qui precario rogavit, ac per hoc amissa sit, videamus, an interdicto teneatur, ego arbitror, non alias quam si dolo fecerit. — Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam duntaxat, caetera non venire. Plane post interdictum editum oportebit et culpam et omnem causam[4]) venire; nam ubi moram quis fecit precario omnem causam debebit constituere. fr. 8. §. 3. h. t.

7) Mandat. fr. 8. §. 10. h. t. 17, 1: Sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis, nisi ad hoc ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum. fr. 30. eod.

8) Negotiorum gestio. c. 22. h. t. 2, 19: Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compellentur. fr. 11. 37. §. 1. h. t. 3, 5.

9) Obligatio ad exhibendum. fr. 10. ht. 10, 4. Quod si per heredem non stetit quominus exhiberet tempore iudicii accipiendi, absolvendus est heres.[5])

---

3) c. 5. h. t. 4, 24: Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit, restituere id non cogitur. Sed si culpae reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest, condemnari debet. c. 6. 8. eod. c. 25. de pign. et hyp. 8, 13.

4) Vielleicht dürfte hier besser casum statt causam zu lesen und die Verwechselung aus dem darauf folgenden omnem causam constituere zu erklären sein. Causa und casus werden öfters verwechselt, wie in fr. 19. de vi et vi arm. 43, 16. wo auch statt causa intercidentibus casu i. zu lesen wäre.

5) fr. 5. §. 2. eod. Julianus scribit emtorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri in quantum in litem iuravero. Sed ibi adjicit, si emtor possideat aut dolo fecit, quominus pos-

Ebenso wird bei der Verbindlichkeit des Ehemanns zur Rückgabe der dos und bei der des Erben zur Zahlung des Legats zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung unterschieden und danach die Gefahr vertheilt. Um den Kreis der Betrachtung indessen nicht zu weit zu ziehen, will ich hier bloß auf Unterholzner l. c. II. p. 463 sq. 474. n. k. und p. 587 sq. verweisen.

10) Innominatcontrakte. Hier tritt der für die unverschuldete und verschuldete Unmöglichkeit der Leistung aufgestellte Grundsatz gleichermaßen, jedoch in einer durch das Reuerecht des Gebers (so will ich der Kürze halber den zuerst Leistenden im Gegensatz zum Empfänger, den anderen Contrahenten, bezeichnen) modificirten Weise ein. Eben dieß macht es jedoch nöthig, auf das Wesen der Innominatcontrakte und die dem Geber zu Gebote stehenden Rechtsmittel etwas näher einzugehen.

Innominatcontrakt ist der Vertrag, worin ein Anderer durch Empfang einer Leistung dem Geber zu einer Gegenleistung, positiver oder negativer Art, verpflichtet wird. Die Leistung geschieht also ob causam futuram.[6]

Diese causa muß nun 1) eine honesta,[7] 2) eine solche, bei welcher auch der Geber und nicht allein der Empfänger ein Interesse hat, weil sonst eine Schenkung vorläge,[8] 3) sie muß endlich möglich sein,[9] oder wenigstens muß der Geber sie für möglich gehalten haben.[10]

Unter diesen Voraussetzungen hat der Geber 3 Rechts-

---

sideat. Vergl. fr. 11. §. 2. 7. §. 5. verbunden mit fr. 12. §. 4. fr. 9. §. 1—4. eod. fr. 15. §. 3. 23. §. 6. de rei v. 6, 1. c. 7. h. t. 3, 42. fr. 157. §. 1. de reg. jur. 50, 17.

6) fr. 52. de cond. ind. 12, 6.

7) fr. 1. pr. de c. c. d. c. n. s. 12, 4. fr. 1. §. 1. de cond. ob t. c. 12, 5. fr. 61. §. 1. de obl. et act. 44, 7.

8) fr. 13. §. 2. de don. i. v. et u. 24, 1.

9) c. 8. h. t. 4, 6.

10) fr. 3. §. 5. h. t. 12, 4.

mittel, die actio praescriptis verbis, die condictio ob rem dati und die condictio propter poenitentiam.

Die actio praescriptis verbis steht ihm zu auf Erfüllung der Gegenleistung oder auf Erstattung des Interesse, welches der Geber am Empfang der Gegenleistung hatte. Es wird keinem Zweifel unterliegen, daß dieß Interesse auch dann ersetzt werden muß, wenn der Empfänger schuldvoller Weise die Gegenleistung unmöglich gemacht hat. fr. 5. §. 1. de pr. v. 19, 5.

Die condictio ob rem dati und die condictio ob poenitentiam werden, worauf auch Vangerow l. c. III. p. 252. mit Recht aufmerksam gemacht hat, schon in den Quellen von einander unterschieden.[11]

Beide Condiktionen haben nur Das gemeinsam, daß beide auf der aequitas beruhen, was bei der c. ob rem dati bestimmt sich ausgesprochen findet, fr. 65. §. 4. de c. i. 12, 6. bei der c. propter poenitentiam später nachgewiesen werden soll, und weiter Das, daß sie beide auf Rückerstattung des Gegebenen gehen und im Falle erfüllter Gegenleistung weg-

---

11) fr. 3. §. 2. h. t. 12, 4. Sed si tibi dedero ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me poeniteat, condicere possum. fr. 3. §. 3. h. t. Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat: quod si praeteriit, condici poterit. Hier gehen die Worte „inhibenda erit repetitio" und „quod si praeteriit, condici poterit" auf die condictio ob rem dati, die Worte „nisi poeniteat" dagegen auf die c. ex capite poenitentiae. fr. 5. pr. h. t. Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiscereris, an condici possit, videndum. Et quum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare; sed quum liceat poenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est. Auch hier müssen, wie sich weiter unten zeigen wird, die Worte „repetitionem cessare" auf die c. ob rem dati bezogen werden, welcher dann die condictio ex capite poenitentiae entgegengestellt wird. fr. 5. §. 3. h. t., in welcher Stelle der Satz: „Plane si adhuc" u. s. w., auf die c. ob rem dati geht, während die Stelle im Uebrigen von der c. ob meram poenitentiam handelt.

fallen. fr. 1. h. t. 12, 4. Im Uebrigen aber sind sie sowohl ihren Voraussetzungen als ihrer Wirksamkeit nach völlig verschieden.

Die condictio ob rem dati ist dann begründet, 1) wenn die causa von Anfang an ohne Wissen des Gebers unmöglich war, fr. 3. §. 5. h. t. 12, 4. c. 5. 6. h. t. 4, 6. weil dieß nach dem oben Bemerkten das Zustandekommen des Contrakts ausschließt, oder aus demselben Grunde, wenn Etwas, nur zum Theil vom Willen des Empfängers Abhängiges nachher unmöglich wird, fr. 8. h. t. 12, 4. — 2) wenn der Empfänger die Unmöglichkeit der Gegenleistung verschuldet hat. [12])

Die condictio propter poenitentiam steht dagegen dem Geber alsdann zu, wenn ihn bis zur Erfüllung der Gegenleistung die Eingehung des Vertrages gereut, [13]) und zwar bis zur wirklichen Erfüllung Seitens des Empfängers, da der Geber von diesem Reuerecht auch alsdann Gebrauch machen kann, wenn die Gegenleistung ohne Verschulden des Empfängers unmöglich geworden ist. [14])

Wie nun diese beiden Condictionen in ihren Voraussetzungen verschieden sind, so sind sie es auch in ihrer Wirksamkeit.

Wenn nämlich der Geber von seinem Reuerechte und folgeweise von der condictio propter poenitentiam Gebrauch machen will, so ist er hierbei zur Schadloshaltung des Empfängers verpflichtet. Es kann nämlich der Empfänger Ersatz für den Schaden verlangen, den er in Veranlassung seiner Verbindlichkeit zur Gegenleistung erlitten hat, z. B. Ersatz des zur Erfüllung derselben nöthig gewordenen Aufwandes, des Werthes der zur Gegenleistung bestimmten und kasuell untergegangenen Sachen, wenn er die Gelegenheit, sie zeitig zu veräußern,

---

12) fr. 3. §. 2, 3. 4. 5. §. 3, 4. 11. h. t. c. 2. 4. 5. 10. h. t. fr. 5. §. 1. 2. 4. de praescr. verb. 19, 5.

13) fr. 3. §. 2, 3. 5. §. 2. h. t. 12, 4.

14) fr. 5. pr. §. 2, 4. h. t. 12, 4. c. 1. de rer. perm. 4, 64.

eben wegen seiner Verbindlichkeit unbenutzt vorübergehen lassen mußte u. dgl. [15])

Dieser Ersatzanspruch geht aber, damit nicht wieder der Geber ungebührlich benachtheiligt werde, nicht höher als bis zum Belaufe der Leistung, und erreicht er diese, so fällt lediglich die condictio ob meram poenitentiam hinweg, ohne daß etwa der Empfänger das Mehr mit einer besonderen Klage fordern könnte. [16])

Hiernach ist es einleuchtend, daß sehr oft das Reuerecht für den Geber ganz nutzlos sein oder doch wenigstens demselben nur einen Theil seiner Leistung wieder verschaffen kann.

Bei der condictio ob rem dati fällt, wie schon deren Voraussetzungen ergeben, der Anspruch auf Schadloshaltung für den Empfänger hinweg. [17])

Nach dem oben über die Voraussetzungen und die Wirksamkeit beider Condiktionen Gesagten läßt sich deren innere Natur einfach dahin bestimmen:

Die condictio ob rem dati steht dem Geber zu wegen einer vom Empfänger verschuldeten Verletzung seines die Gegenleistung zum Gegenstande habenden Versprechens. Dieß wird auch in einigen Stellen angedeutet, z. B. in dem fr. 3. §. 2. ht. Si tibi dedero ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, im Gegensatze zu den Worten in fr. 5. pr. eod.: et quum per te non steterit (ut Capuam eas) potest dici repetitionem cessare, welche soviel sagen wollen als: quum tuo facto promissum non laeseris, cessat condictio ob rem dati.

Hiergegen ließe sich zwar einwenden, daß ja diese Condiktion auch dann zusteht, wenn ohne Wissen des Gebers die Gegenleistung von vornherein unmöglich war, in welchem Falle von einer Vertragsverletzung auf Seiten des

15) fr. 5. pr. §. 2. 3. i. f. §. 4. i. f. h. t.
16) fr. 5. §. 2. 3. 4. h. t. 12, 4.
17) fr. 5. §. 3. h. t. (verbis: Plane si etc.)

Empfängers keine Rede sein kann. Allein in diesem Falle ist eben wegen der von Anfang an vorhandenen Unmöglichkeit der Gegenleistung ein Innominatcontrakt gar nicht zu Stande gekommen und es hat hier die condictio ob rem dati die Natur der generellen condictio sine causa, und steht nur deßhalb dem Geber zu, weil man auch von der von vornherein unmöglichen causa sagen kann, eam non esse secutam.

Die condictio ob poenitentiam bewegt sich dagegen außerhalb des Gebietes des Innominatcontrakts und hängt mit diesem bezw. mit der Pflicht zur Gegenleistung gar nicht zusammen. Dieß ergibt sich schon daraus, daß das Reuerecht auch dann ausgeübt werden kann, wenn der Empfänger wirklich leisten will. Der innere Grund dieses Reuerechts ist offenbar der, daß der Geber nicht solvendi sondern contrahendi causa geleistet hat, und es der aequitas entspricht, daß eine Leistung, wenn sie ohne rechtliche Verpflichtung dazu geschehen ist und lediglich den Empfänger zur Gegenleistung verbindlich machen soll, bis zur wirklichen Gegenleistung zurückgenommen, also Seitens des Gebers von einem ihn nicht bindenden Vertrage zurückgegangen werden kann. [18])

Wegen dieses auf der aequitas basirenden Fundaments muß man annehmen, daß die condictio propter poenitentiam ebenso wie die condictio ob rem dati eine actio bonae fidei ist, wofür auch schon der Umstand spricht, daß die ganze Theorie von den Innominatcontrakten ein Gebilde der römischen Doktrin ist.

Nunmehr gehe ich zu der Erörterung, inwieweit das aufgestellte Princip bei den Innominatcontrakten Anwendung leidet und leiden kann.

1) Bis zur Leistung des Gebers ist beiderseits von einer klagbaren Verpflichtung nicht die Rede und der Innominatcontrakt noch nicht zu Stande gekommen. Von einer An-

---

18) Vangerow, l. c. p. 253 sq.

wendbarkeit unseres Princips, welches ja nur bei obligationes faciendi eingreift, läßt sich also bis dahin nicht reden. Es trägt somit jeder Contrahent die Gefahr seiner Leistung, wie sie der Eigenthümer trägt, dem außerhalb jedes Obligationsnexus seine Sache zu Grunde geht.

In einem Falle jedoch läßt es sich nach Römischem Rechte denken, daß auch ohne wirkliche Leistung Seitens des einen Contrahenten der Innominatcontrakt perfekt wird, nämlich alsdann, wenn vor der wirklichen Leistung das darauf bezügliche Versprechen durch Eingehen einer Stipulation in ein klagbares übergegangen ist. Von diesem Falle verstehe ich nämlich mit Chesius iurispr. Rom. et Att. II. p. 786. und Savigny System V. p. 595. das fr. 3. §. 4. h. t. 12, 4: Quin imo si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen ut darem, ultro tibi competere actionem quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem, defuncto quoque eo.

In diesem Falle ist offenbar unser Princip zur Anwendung gebracht. Durch den Abschluß der Stipulation ist zwar nicht ein contractus do ut facias, weil ein solcher die wirkliche Hingabe voraussetzt, wohl aber gewissermaßen ein contractus facio ut facias entstanden, da dem andern Contrahenten die actio ex stipulatu auf die versprochene Leistung verschafft worden ist. Mit der Existenz des Innominatcontrakts ist jetzt auch der Empfänger zur Gegenleistung obligirt, diese gilt, wenn sie ohne Schuld des Empfängers unmöglich wird, für erfüllt, und derselbe fordert mit der condictio ex stipulatu das Versprochene gradeso, wie er es mit der actio praescriptis verbis gethan haben würde, wenn er wirklich den Sklaven freigelassen und der Andere ohne Stipulation versprochen hätte. Hiernach halte ich die Worte „id est condictionem" auch nicht mit einigen Schriftstellern [19]) für ein Einschiebsel Tribonian's oder ein Glossem eines Abschreibers, obwohl diese Worte in den Basiliken XXIV, 1, 3. fehlen.

19) Vergl. Schulting, not. ad Pand. III. p. 74.

2) Nach Perfektion des Innominatcontraktes trifft nach dem aufgestellten Princip den Geber die Gefahr, da derselbe, wenn die Gegenleistung ohne Verschulden des Empfängers unmöglich geworden ist, unbestritten nicht die actio praescriptis verbis und der richtigeren Ansicht zufolge auch nicht die condictio ob rem dati hat.

Letzteres, obwohl von Manchen[20]) bestritten, folgt mit Evidenz aus fr. 5. §. 1. de pr. verb. 19, 5: Si scyphos tibi dedi, ut Stichum dares, periculo meo Stichus erit, ac tu dumtaxat culpam praestare debes. c. 10. h. t. 4, 6. Pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est.[21])

Den Versuch, diese Stellen hinwegzudeuteln, hat Vangerow l. c. p. 219. mit Recht zurückgewiesen.

Einige Schwierigkeit bietet nur das fr. 16. h. t. 12, 4. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum, et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.

Wenn Wächter l. c. p. 217 sq. und Vangerow l. c. p. 220. diese Worte auf die condictio ob rem dati beziehen und dabei supponiren, Stichus sei schon vor Empfang der Leistung verstorben, so muß ich mich dagegen erklären.

Der Jurist knüpft an den Fall: dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares die Untersuchung, ob dieß ein Kauf oder ein Innominatcontrakt sei, entscheidet sich für Letzteres und zeigt an mehreren Beispielen den Unterschied zwischen jenen beiden Contrakten. Wollte man nun unterstellen, Sti-

20) Thibaut, Syst. §. 478. Roßhirt, Zeitschr. f. Civilr. II. p. 392sq. Glück, Comm. Bd. 4. p. 384.

21) Vergl. noch fr. 3. §. 3. u. 5. pr. h. t. 12, 4.

chus sei vor Empfang der Leistung, also vor Perfektion des Innominatcontraktes, gestorben, so würde in der That ein solcher Unterschied zwischen Kauf und Innominatcontrakt nicht existiren. Beim Kauf ist nämlich, wenn die Waare schon vor Perfektion desselben ohne Wissen des Käufers nicht mehr existirt, der Vertrag nichtig und der Käufer fordert das gezahlte Kaufgeld zurück, und beim Innominatcontrakte verhält es sich ebenso, indem der Geber, wenn er bei Erfüllung seiner Leistung um die Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht gewußt hat (quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares) mit der condictio ob rem dati die Leistung zurückverlangt.

Wäre die Auslegung Wächter's und Vangerow's richtig, so würde auch Celsus gewiß die entscheidenden Momente, daß Stichus nach Abschluß der Uebereinkunft und vor der Leistung des Gebers gestorben sei, deutlicher hervorgehoben haben, wenn er hätte zeigen wollen, daß beim Kaufe schon mit der gegenseitigen Einigung über Waare und Preis, beim Innominatcontrakte dagegen erst mit der Leistung eines der Contrahenten den Käufer bezw. den Geber die Gefahr treffe.

Meines Bedünkens ist zu unterstellen, daß Stichus nach der Leistung verstorben sei, und die Stelle von der cond. ob poenitentiam zu verstehen. Ist dieß richtig, so hat Celsus auf den gewichtigen Unterschied zwischen beiden Contraktarten aufmerksam gemacht, daß beim Kaufe nach dessen Perfektion keiner der Contrahenten, wohl aber beim Innominatvertrage der Geber vom Vertrage zurückgehen darf, so daß dort den Käufer immer, hier aber den Geber vermöge seines Reuerechts nicht immer die Gefahr trifft.

Gegen jene meine Auslegung sprechen auch nicht die Worte: obligatio ob rem dati re non secuta, indem diese lediglich eine Umschreibung des Begriffs Innominatcontrakt sind und überdieß die condictio ob poenitentiam nicht einen besonderen Namen führt, sondern als Unterart der generellen cond. c. d. c. n. s. angesehen wird.

3) Wenn nun nach dem Obigen beim Wegfallen der actio praescriptis verbis und der condictio ob rem dati den Geber die Gefahr trifft, so scheint gegen die Anwendung unseres Princips auf Innominatcontrakte der Umstand zu sprechen, daß der Geber auch im Falle casueller Unmöglichkeit der Gegenleistung die condictio ob poenitentiam hat. Dem ist jedoch nicht so. Innerhalb des Innominatcontrakts selbst ist das Princip angewandt dadurch, daß die beiden aus dem Contrakte selbst entspringenden Klagen wegfallen. Daß die Römischen Juristen dem Geber auch im Falle casueller Unmöglichkeit der Gegenleistung das außerhalb des Contrakts liegende Reuerecht einräumen, hat darin seinen Grund. Das Reuerecht des Gebers beruht auf der aequitas ebenso wie die Fiktion wirklich geschehener Leistung im Falle deren unverschuldeter Unmöglichkeit, welche den Empfänger von der Gefahr befreien würde. In diesem Streite der Billigkeitsrücksichten verdient der Geber den Vorzug, weil er seinerseits der Uebereinkunft gemäß geleistet hat. Deßhalb versagten die Römischen Juristen hier jener Fiktion ihre Wirkung und räumten dem Geber die cond. ob poenitentiam ein. Bei dieser konnte auch auf das Interesse des Empfängers Rücksicht genommen werden, da derselbe jeden Schaden, den er durch seine Bereitwilligkeit, auch seinerseits zu leisten, erlitten hatte, bei Rückerstattung des Empfangenen in Anrechnung bringen konnte.

4) Diese Grundsätze des Römischen Rechts hat das Kanonische Recht und das demselben entsprechende Gewohnheitsrecht wesentlich geändert. Hiernach ist das bloße Paktum als solches klagbar.[22])

Hiernach ist der innere Grund, welchem die Innomi-

---

22) Vinnius de pactis 7, 4, 6. Cocceii i. c. c. II, 14. 10. Carpzov p. II. c. 10. d. 17. Mevius dec. V, 407. Huber prael. XII, 4, 5. Berger oec. iur. 3, 1, 11. Thibaut Syst. §. 471. Mühlenbruch §. 342.

natcontrakte im Römischen Rechte ihren Ursprung verdanken, weggefallen. Ein jeder Contrahent leistet jetzt nicht contrahendi, sondern solvendi causa, und sowohl das Reuerecht als die condictio ob rem dati stehen jetzt nicht mehr zu.[23])

Somit gilt jetzt nach Abschluß eines Vertrags die Leistung eines Contrahenten, wenn sie ohne dessen Schuld unmöglich wird, für erfüllt, und es trifft den andern Contrahenten die Gefahr, und dieß würde selbst dann anzunehmen sein, wenn man die condictio ob rem dati noch als fortbestehend ansehen wollte, da diese nach dem Obigen dem Geber im Falle casueller Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht zusteht.

§. 8. II. Zweiseitige Obligationen. — 1) Kaufcontrakt. Nach Perfektion des Vertrags (also beim Verkauf von res quae pondere numero vel mensura constant nach erfolgter Individualisirung der Waare durch Abpension, Abnumeration oder Admension dem Gläubiger gegenüber) trägt, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit der Leistung nicht verschuldet hat, der Käufer, andern Falls der Verkäufer die Gefahr.[24])

---

23) Vangerow l. c. p. 256.

24) §. 3. J. de emt. et vend. 3, 23. Quum autem emtio et venditio contracta sit .... periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi ea res tradita non sit. — Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. fr. 12. 14. pr. u. §. 1. de per. et c. r. v. 18, 6. Lectos emtos Aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emtori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet; quodsi neque traditi essent neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum est. — Materia emta, si furto periisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo respondit, si minus, venditoris. — Wie wir im §. 2. oben gesehen, wird der Verpflichtete als schuldlos an der Unmöglichkeit der Leistung angesehen, wenn diese der Gläubiger herbeigeführt hat, und deßhalb die Schuldlosigkeit des debitor oft durch per creditorem stetit quominus ausgedrückt. So müssen wir auch die Worte: aut per eum (emtorem) stetisset für gleichbedeutend mit aut per venditorem non stetisset und die Worte neque emtor in mora etc. für gleichbedeutend mit sed per venditorem stetisset etc. ansehen, Letzteres um so mehr, als

Aus den angezogenen Stellen ergibt sich klar, mit wie wenig Recht sich diejenigen, welche in dem Uebergang der Gefahr auf den Käufer eine beim Kaufcontrakte obwaltende Singularität erblicken, die von den Juristen selbst wieder modificirt worden sei, dafür auf fr. 12. 14. pr. u. §. 1. h. t. 18, 6. berufen. Ebenso unstichhaltig ist die Bezugnahme auf fr. 33. loc. 19, 2., welche Stelle wohl davon handelt, daß der Verkäufer sich eines mit Vermögensconfiscation bedrohten Delikts schuldig gemacht hat und deßhalb ihm das verkaufte Grundstück weggenommen und zum Vortheil des Fiscus versteigert worden ist, in welchem Falle es ungerecht gewesen wäre, den Käufer wegen eines Vergehens des Verkäufers zu benachtheiligen. So erklärt die Stelle Pacius Enant. Cent. V. qu. 8. Vergl. außerdem Cocceii jus civ. contr. ad XVIII, 6. qu. 2. Glück XVII. p. 135 sq. u. Vangerow l. c. 3. p. 218.

Wenn in einigen Stellen, z. B. fr. 8. pr. h. t. 18, 6. und in c. 1. h. t. (4, 48) ganz allgemein gesagt wird, daß mit der Perfektion des Kaufvertrags alsbald das periculum auf den Käufer übergehe, ohne daß hierbei der Schuldlosigkeit des Verkäufers besonders Erwähnung geschieht, so ist nach den oben citirten, vielen Stellen diese Schuldlosigkeit als stillschweigend vorausgesetzt anzusehen, wie ja auch im §. 3. J. de emt. et v. 3, 23. alsbald auf die Worte: periculum statim ad emtorem pertinet die Restriktion folgt:

---

in dem darauf folgenden §. 1. dem Verkäufer die Gefahr deßhalb aufgebürdet wird, weil er die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, nämlich die Waare sich hat stehlen lassen, indem bis zur Führung des Gegenbeweises dem zur custodia verpflichteten Verkäufer der Diebstahl als Folge begangener Unachtsamkeit, somit zur Schuld angerechnet wird. Vergl. Vangerow l. c. I. p. 129 sq. fr. 14. pr. de furtis 47, 2: Et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. Vergl. außerdem noch: fr. 35 §. 4. 62. §. 2. de contr. em. 18, 1. fr. 10. §. 1. 11. 16. de per. et c. 18, 6. fr. 54. de act. emti 19, 1. fr. 5. §. 2. de resc. v. 18, 5. fr. 14. 15. de jure dotium 23, 3. c. 4—6. h. t. 4, 48.

quidquid sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est, eine Beschränkung, die sich auch für die c. 1. cit. aus den folgenden c. 4 — 6. eod. ergibt. Auch bedeutet ja periculum in einem engeren Sinne im Gegensatz zu culpa den ohne Verschulden des debitor eingetretenen Schaden.[25])

Noch will ich hier für die Richtigkeit des aufgestellten Princips beim Kaufvertrage nicht unerwähnt lassen, daß beim Verkaufe von Fungibilien die admensio etc., wenn sie durch culpa des Käufers, also ohne Schuld des Verkäufers unmöglich geworden ist, die Gefahr auf dem Käufer lastet (fr. 5. h. t. 18, 6), was offenbar eine Consequenz davon ist, daß die admensio als geschehen, also die deßhalbige Verpflichtung des Verkäufers als erfüllt fingirt wird, und ebenso, daß die ädilicischen Klagen trotz des unverschuldeten Untergangs der Waare dem Käufer verbleiben, fr. 47. §. 1. 48. de aed. ed. 21, 1. Post mortem autem hominis aedilitiae manent, si tamen sine culpa actoris familiaeve eius vel procuratoris mortuus sit, so daß also auch hier für die actio redhibitoria die Unmöglichkeit der Rückgabe der wirklich geschehenen gleichstehend angesehen wird.

2) Societät. Daß hier nicht wie beim Kaufvertrage das Prinzip über das Tragen der Gefahr ganz rein zur Anwendung kommen kann, indem ja gerade der Zweck und die eigenthümliche Natur des Gesellschaftsvertrags in der Regel eine Gemeinschaftlichkeit der Gefahr bedingt, hat schon Wächter l. c. p. 206. richtig hervorgehoben.

Dennoch greift auch hier mit der Modification, daß der socius wegen der Gemeinschaftlichkeit der Gefahr einen Theil des Schadens zu tragen hat, unser Princip dann ein, wenn ein socius eine Sache zum Societätszwecke zu conferiren hat,

---

25) Vergl. vat. fr. §. 101. fr. 5. §. 2. com. 13, 6. fr. 1. pr. h. t. 18, 6. fr. 17. §. 2. de pr. v. 19, 5. fr. 58. §. 6. ad SC. Treb. 36, 1. fr. 14. pr. de furtis 47, 2.

deren Existenz nicht die Fortdauer der Societät bedingt, und diese Sache nun ohne sein Verschulden zu Grunde geht. Alsdann gilt dieß der Leistung gleich, die übrigen socii müssen ihre Sachen conferiren und der liberirte socius nimmt Antheil an der Societät und deren Ergebniß. Schaden durch den Untergang seiner Sache hat er freilich insofern, als die ihm zu Theil werdende Gewinnquote natürlich kleiner ausfällt, als wenn die Sache conferirt und dem Zwecke der Societät entsprechend verwandt worden wäre. fr. 58. pr. h. t. 17, 2.

3) Miethvertrag. a) locatio conductio rerum. Hier gilt rücksichtlich der Verpflichtung des Vermiethers der Satz, daß, wenn auch ohne sein Verschulden es unmöglich ist oder während der Miethzeit es unmöglich wird, daß der Miether die gemiethete Sache gebrauche und benutze, der Vermiether keinen Anspruch auf das Miethgeld habe oder sich eine verhältnißmäßige Kürzung desselben gefallen lassen muß. fr. 9. §. 1, 4. 15. §. 1, 2, 3. 19. §. 6. 27. pr. 33. loc. 19, 2.

Auf den ersten Blick scheint dieß dem aufgestellten Princip zu widersprechen, indem danach die Verpflichtung des Vermiethers als erfüllt und sein Anspruch auf den vollen Miethpreis als begründet anzusehen wäre. Dieser Widerspruch ist jedoch nur scheinbar und beseitigt sich, wenn man die eigentliche Verbindlichkeit des Vermiethers richtig auffaßt. Diese geht nämlich nicht bloß auf die Ueberlassung der gemietheten Sache zur Nutznießung, sondern sie geht auf praestare uti frui licere. fr. 15. §. 1, 2. fr. 9. pr. h. t.

Was heißt dieß praestare? Darüber gibt uns Aufschluß das fr. 71. §. 1. de v. s. 50, 16: Haec verba, his rebus recte praestari hoc significant, ne quid periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiret.

Diese Stelle bezieht sich, wie Göddaeus ad. h. l. richtig bemerkt, auf die prätorischen Stipulationen, bei denen jener Zusatz häufig vorkam. So finden wir ihn bei der rei vindicatio fr. 19. 57. 58. de r. v. 6, 1. und beim iu-

dicium redhibitorium fr. 21. §. 2. de aed. ed. 21, 1.

Trat er zu der promissio des Legatars, quod amplius legatorum nomine ceperit quam e lege Falcidia capere licebit, auf welche unsere Stelle speciell hingegangen zu sein scheint, weil im pr. das Wort capere interpretirt wird, so übernahm der Legatar grade damit die Gefahr des unverschuldeten Untergangs der legirten Sache, der ihn sonst unserem Principe zufolge von einer Rückgabe befreit hätte. Vgl. fr. 1. §. 15. 2. 3. pr. si cui plus, 35, 3.

Das praestare uti frui licere bei der Sachmiethe ist nun nicht Folge eines besonderen, darauf gerichteten Versprechens, sondern es liegt in der besonderen Natur dieses Vertrags, wie auch Wächter l. c. p. 203- 204 richtig bemerkt.

Nach einem inneren Grunde werden wir vergebens suchen. Er ist meines Bedenkens darin zu finden, daß die Normen für die Sachmiethe bei den Römern so, wie noch h. z. T. bei uns, meistens auf Lokalgewohnheiten basirt gewesen sein mögen, wie denn auch darauf ausdrücklich in c. 8. 19. h. t. 4, 65. Bezug genommen wird und woraus sich auch namentlich die singuläre Befugniß einseitigen Rücktritts beider Contrahenten unter bestimmten Voraussetzungen erklären läßt.

Das praestare uti frui licere heißt nun nach dem Obigen nichts Anderes, als daß der Vermiether den wirklichen, vollen Gebrauch und Genuß der gemietheten Sache garantirt und somit die Gefahr eines jeden äußeren (also nicht etwa in der Beschaffenheit der gemietheten Sache, wie z. B. in fr. 15. §. 5. h. t. erwähnt ist, seinen Grund habenden), selbst unverschuldeten Ereignisses übernimmt, was ihm jene Gebrauchsüberlassung unmöglich macht.

Daraus folgt einerseits, daß der Vermiether das Miethgeld erst nach vollendeter Benutzung der Sache fordern kann, arg. fr. 24. §. 2. h. t. und andrerseits, daß er, falls ein Ereigniß der obgedachten Art eintritt, keinen Anspruch auf

das ganze Miethgeld oder den verhältnißmäßigen Theil desselben hat.[26])

Indessen ist diese singuläre Verpflichtung des Vermiethers zur Prästation des wirklichen Gebrauchs der vermietheten Sache im Falle seiner Schuldlosigkeit einigermaßen dadurch gemildert, 1) daß er nicht für das volle Interesse des Miethers haftet, sondern nur das Miethgeld verliert, der Contrakt also nur rückgängig wird, und daß, wenn während der Miethzeit die Leistung unmöglich wird, eine Remission des Miethgelds nur dann eintritt, wenn der dem Miether erwachsene Schaden ein bedeutend großer und nicht durch außerordentlichen Gewinn anderer Jahre aufgewogen ist, fr. 25. §. 6. — 15. §. 4. h. t. c. 8. h. t. 2) daß der Vermiether den Vertrag dadurch aufrecht erhalten kann, daß er dem Miether eine ebenso gute Sache zur Nutznießung anbietet. fr. 9. pr. 60. pr. h. t.

Diese Stellen reden zwar nur von Wohnungen, man darf sie aber wohl ohne Zweifel wegen Gleichheit des inneren Grundes auf andere Miethobjekte, z. B. Grundstücke ausdehnen:

Bei der vorentwickelten Verbindlichkeit des Vermiethers kann offenbar unser Princip keine Anwendung finden, ebensowenig als z. B. dann, wenn der Verkäufer für den Zufall vor der Tradition der Waare einzustehen erklärt hat. fr. 1. pr. de p. et com. r. v. 18, 6.

Man könnte auch bei der dem Vermiether zustehenden, eben unter 2 erwähnten Befugniß, eine andere, gleichgeeignete Sache dem Miether zur Disposition zu stellen und so den Vertrag aufrecht zu erhalten, seine Verpflichtung als der auf Leistung von Fungibilien ähnelnd hinstellen, wo ja auch den debitor die Gefahr deßhalb trifft, quia aliud dare potest. Diese Auffassung kann jedoch keinen selbstständigen

26) fr. 15. §. 2. h. t. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse, oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit.

Erklärungsgrund abgeben, weil jene Befugniß des Vermiethers selbst nur auf seiner oben dargestellten Garantiepflicht basirt.

Bei dem Miether dagegen, der einfach zur Rückgabe der gemietheten Sache nach Ablauf der Miethzeit verpflichtet ist, tritt dieß Princip in vollem Umfange ein. fr. 9. §. 3. h. t. Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locatori.[27] Si vero culpa conductoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.[28]

b) locatio conductio operis. fr. 62. h. t. Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras antequam eum probares, labes corrupit, tuum periculum est. Paulus: imo, si soli vitio id accidit locatoris erit periculum, si operis vitio id accidit tuum (i. e. conductoris) erit detrimentum. fr. 36. 59. eod.

c) locatio conductio operarum. fr. 38. pr.

---

27) Diese Lesart der Vulgata ist ohne Zweifel der der Florentina locator vorzuziehen und der Versuch Jac. Gothofred's, Animadv. c. 12. (in Otto thes. III. p. 298), die letztere Lesart mit Beziehung auf fr. 45. de reg. iur. und fr. 15. §. 9. 19. §. 2. 55. §. 2. h. t. dadurch zu rechtfertigen, daß locator hier den conductor bedeute, ist mißlungen, indem, wie auch aus den angezogenen Stellen ersichtlich, zwar bei zweiseitigen Obligationen häufig zur Bezeichnung des Contrakts das Obligationsband des anderen Contrahenten benutzt wird, eine solche Verwechselung jedoch zur Bezeichnung der Contrahenten, wo sie geradezu die größte Confusion hervorrufen würde, nicht vorkommt. Die Lesart der Florentina erklärt sich daraus, daß in den Handschriften die S‥lbe ri mit den Abkürzungen ' oder ² oder ~ bezeichnet zu werden pfleg , die der Abschreiber unbeachtet gelassen haben mag. Statt des im letzten S‥tze unserer Stelle handschriftlich vorkommenden locatoris ist wohl unbedenklich conductoris zu lesen, indem der Abschreiber offenbar durch das vorangehende locatori irre geleitet worden ist, wenn man nicht das Wort mit Noodt ganz weglassen und statt fecerit — tenebitur fecerint und tenebuntur lesen will.

28) Vergl. §. 5. J. h. t. 3, 24. fr. 9. §. 4. h. t. fr. 19. comm. 13, 6. und andrerseits fr. 11. §. 1, 4. 12. 13. §. 3. 25. §. 4. h. t.

u. §. 1. h. t. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. fr. 1. §. 13. de extr. cogn. 50, 13. Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. fr. 19. §. 9. h. t. 19, 2. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, Imperator Antoninus cum D. Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: cum per te non stetisset, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

Hier finden wir deutlich den Grundsatz ausgesprochen, daß die vom Dienstvermiether nicht verschuldete Unmöglichkeit der Leistung (mag solche in seiner oder des Miethers Person eingetreten sein, ist einerlei, da in beiden Fällen den Vermiether keine Schuld trifft) der Leistung gleich steht, die Gefahr hier also den Miether trifft, indem dieser seinerseits leisten muß. Es wird dieß in der letzten Stelle geradezu auf die aequitas basirt, dem Miether jedoch eine Einrede (gleichermaßen auf Grund der aequitas) gegeben, daß nämlich der Vermiether seine Dienste anderweit angebracht, also einen Schaden nicht erlitten habe. Diese Einrede muß Letzterer gelten lassen, denn wer selbst seinen Anspruch aus der aequitas herleitet, muß diese auch gegen sich statuiren.

Vangerow l. c. p. 224. ist jedoch hier theilweise andrer Ansicht, indem er der Regel nach den Vermiether im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit der Dienstleistung das periculum tragen und ihn, wie bei der loc. cond. rerum, zwar nicht das Interesse ersetzen, ihn aber dagegen den Anspruch auf die Gegenleistung ganz oder theilweise verlieren läßt. Nur ausnahmsweise erkennt dieser Schriftsteller den

obigen Grundsatz, nämlich in dem Falle an, wo die Unmöglichkeit der Dienstleistung in der Person des Miethers ihren Grund hat (fr. 19. §. 9. h. t. cit.).

Er beruft sich zunächst auf fr. 15. §. 6. h. t. 19, 2. Item quum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere quum munere vehendi functus non sit; quod in omnibus personis similiter observandum est.

Gegen die zulängliche Beweistüchtigkeit dieser Stelle muß es schon Bedenken erregen, daß dieselbe nicht einen reinen Dienstmiethvertrag, sondern, wie die Worte vecturam, quam pro mutua acceperat beweisen, jedenfalls ein combinirtes Rechtsverhältniß zum Gegenstande hat.

Ich muß nun zunächst in Abrede stellen, daß durch den Verlust des Schiffs der Miethvertrag unmöglich geworden sei. Der Vermiether konnte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit sich ein anderes Schiff miethen oder kaufen, ja er mußte dieß thun, wenn er, wie man hier wohl unterstellen darf, mit der Schiffahrt ein Gewerbe trieb. Diesen Gesichtspunkt scheint auch Ulpian im Auge gehabt zu haben, sonst würde er wohl die Nichterfüllung des Miethcontrakts nicht zur Rechtfertigung des Anspruchs des Miethers, sondern zu der des Anspruchs des Vermiethers auf den Fahrlohn benutzt haben. Er würde also sich eher dahin ausgedrückt haben: cum quidam — vecturam repeteret, quia per eum non stetisset, quominus munere vehendi fungeretur.

Der Fall selbst, den der Jurist beurtheilt, ist nach seinen faktischen Voraussetzungen wohl folgender:

Ein procurator Caesaris hatte mit einem Schiffsbesitzer einen Dienstmiethvertrag dahin abgeschlossen, daß dieser ihn gegen einen bestimmten Fahrlohn nach seiner Provinz überschiffen sollte. Ehe es zur Ausführung dieses Vertrags kam, ging der Vermiether den procurator Caesaris um Vorauszahlung des Lohns an. Dieser, um ihn besser in der Hand

zu behalten, gab ihm das Geld als Darlehn, sicherte sich also die Rückforderung, die nunmehr in seinem Belieben stand, namentlich für den Fall, daß der Vermiether die Ueberfahrt verzögern sollte. Neben diesem Darlehnsvertrage blieb der Miethcontrakt in seiner vollen Wirksamkeit bestehen, so daß also das Darlehn dann nicht mehr zurückgefordert werden konnte, wenn der Vermiether seiner Obliegenheit aus dem Miethvertrage nachgekommen war. Nachdem der Letztere das Darlehn empfangen, büßte er sein Schiff ein und hielt sich deßhalb seiner contraktlichen Verpflichtung entledigt. Der procurator Caesaris verlangte (gerichtlich oder außergerichtlich) das hingegebene Geld zurück, wogegen der Vermiether es einredeweise als den ihm bei der ohne sein Verschulden eingetretenen Unmöglichkeit der Erfüllung des Miethvertrags gebührenden Fahrlohn in Anspruch nahm. Dieß möchte der Sinn der doppelt gebrauchten Worte vecturam repetere sein, worin Mühlenbruch Lehrb. §. 365. n. 10. ein Wortspiel, unter Hinweisung auf ein ähnliches in fr. 5. §. 1. de adm. tut. 26, 7, ganz mit Recht erblickt. Dieß Wortspiel liegt im Sinne des Ausdrucks repetere, gebraucht bei dem Anspruche des Vermiethers, der, noch im Besitze des Darlehns, den Fahrlohn nicht selbstständig beanspruchen oder einklagen konnte, da er auf Mehr, als was er schon oder noch hatte, nicht berechtigt war. Jenes repetere hat also hier die Bedeutung von exceptionsweiser Geltendmachung eines Gegenanspruchs, wie z. B. in fr. 15. ratam rem haberi 46, 8 (petere), c. 5. de rei vind. 3, 32 (vergl. Cocceii jus civ. c. ad tit. D. 6, 1. qu. 17), indem nach fr. 7. de exc. 44, 1. agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.

Mir scheinen nun die Worte vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit darauf hinzuführen, daß Ulpian die aus beiden Verträgen hervorgegangenen Rechtsverhältnisse combinirt hat und der Ansicht gewesen ist, als sei die Leistung des procurator Caesaris

ähnlich der Leistung aus einem Innominatcontrakte anzusehen.

Nach der in den beiden Vertragsverhältnissen ausgesprochenen Willensmeinung der Partheien und nach dem hierdurch fixirten Charakter der gezahlten Summe steht Folgendes fest:

1) Es ist diese Summe vom Miether in das Eigenthum des Vermiethers übertragen worden,

2) und zwar in Veranlassung einer auch dem Letzteren zu bewirkenden (Gegen-) Leistung;

3) das Hingegebene kann jederzeit vom Geber, namentlich

4) auch dann, wenn die Leistung des Empfängers nicht erfolgen würde,

5) in dem Falle aber nicht zurückgefordert werden, wenn der Empfänger wirklich geleistet hat.

In allen diesen Punkten stimmt die Leistung mit der aus einem Innominatvertrage do ut facias überein. Man könnte vielleicht darin eine Verschiedenheit erblicken wollen, daß ja der procurator Caesaris dem Vermiether das Geld als reines Darlehn, also ohne Zufügung einer Zweckbestimmung gegeben habe, während Letzteres doch gerade für den Innominatcontrakt charakteristisch sei. Allein es ist dieß nicht der Fall, indem eine ob rem datio auch dann vorliegt, wenn die Gegenleistung nach dem concreten Sachverhältnisse stillschweigend zu supponiren ist.[29])

In unserem Falle bestand der Miethvertrag fort und das Darlehen sollte, nach der stillschweigenden Willensmeinung der Contrahenten, der Vermiether, wenn er seiner Verpflichtung aus jenem Vertrag nachgekommen sein würde, als Fahrlohn behalten.

---

29) fr. 14. de c. c. d. c. n. s. 12, 4. Si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur. Non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit ratihabitione non intercedente.

Von dem obigen Gesichtspunkte aus und wenn man mit mir annimmt, daß der Vermiether trotz der Einbuße seines Schiffs den Miethvertrag allerdings erfüllen konnte, sich dessen also ohne Grund weigerte, wollen somit die Worte vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit, nichts Anderes besagen als repetere id quod ob rem datum est, re non secuta.

Noch muß ich erwähnen, daß Coccejus jus civ. contr. XIX, 2. qu. 27. einen ähnlichen Interpretationsweg eingeschlagen hat. Nur irrt derselbe meines Bedünkens darin, daß er das ganze Rechtsverhältniß als reinen Innominatvertrag auffaßt, was doch der Intention der Partheien, wie sie aus den mitgetheilten faktischen und rechtlichen Momenten sich ergibt, ohne Zweifel widersprechen würde. So würde danach durch Rückforderung der hingegebenen Summe weder der procurator Caesaris die Befugniß, vom Schiffer die Erfüllung des Miethvertrags zu verlangen, noch dieser das Recht verlieren, den Fahrlohn zu fordern, wenn er zu jener Erfüllung bereit wäre, was sich bei dem reinen Innominatvertrag nach Ausübung des Reuerechts anders verhalten würde. Nicht der Dienstmiethvertrag ist durch den Darlehnscontrakt in einen Innominatvertrag umgewandelt, sondern das Darlehn durch das coincidirende Dienstmiethverhältniß einem Innominatvertrag ähnlich modificirt worden. Außerdem halte ich, wie schon vorerwähnt, die auch von Cocceji getheilte Ansicht, daß die Erfüllung des Dienstmiethvertrags durch den Untergang des Schiffes unmöglich geworden und folgeweise unter der repetitio vecturae von Seiten des procurator Caesaris die condictio ex capite poenitentiae zu verstehen sei, für unrichtig.

Mag man nun meiner Erklärung des fr. 15. §. 6. cit. beipflichten oder nicht, dieß möchte doch gewiß sein, daß diese Stelle wegen der Beschaffenheit des concreten Sach- und Rechtsverhältnisses nicht geeignet sei, den von Vangerow aufgestellten Grundsatz zu erweisen.

Wie schon oben erwähnt, erkennt derselbe an, daß, wenn die Dienstleistung in der Person des Miethers durch Zufall unmöglich wird, diesen die Gefahr treffe. Allein, welcher innere Unterschied besteht zwischen diesem Falle und dem, wenn in der Person des Vermiethers oder sonst durch ein äußeres, von seinem Willen unabhängiges Ereigniß eine solche Unmöglichkeit sich ereignet? Nach den Anfangs citirten Stellen ist das Entscheidende die Schuldlosigkeit des Verpflichteten, und diese wird doch auch in den letztgedachten Fällen statuirt, wie wir im §. 2. gesehen haben, vergl. insbes. fr. 5. pr. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. fr. 15. pr. de op. lib. 38, 1.

Vangerow will sodann das fr. 38. h. t. 19, 2. auf den Fall beschränkt wissen, wo in der Person des Miethers die Unmöglichkeit der Leistung eintritt, wogegen jedoch der bestimmte, ganz allgemein lautende Inhalt dieser Stelle streites, und wenn er hierbei noch Gewicht auf fr. 61. §. 1. h. t. legt, so ist zu bemerken, daß diese Stelle einen ganz verschiedenen Fall, nämlich den vor Augen hat, daß durch Verschulden des Miethers, der dem Vermiether Contrebande zum Transport übergeben, die Leistung zu nichte geworden ist. Ganz richtig wird dort, weil der Vermiether außer Schuld ist, demselben der Anspruch auf den Fahrlohn zugesprochen.

Auch die nahe liegende Analogie zwischen der locatio conductio rerum und operarum kann ich nicht anerkennen. Weder besteht zwischen beiden eine innere Aehnlichkeit, noch ist der Dienstvermiether zum praestare, wie der Sachvermiether, verpflichtet, und eine solche singuläre Verbindlichkeit darf ohne ausdrückliche Bestimmung nicht über ihre Gränzen ausgedehnt werden.

Schließlich soll in fr. 1. §. 13. de extr. cogn. eine singuläre Vorschrift für das Honorar der Advokaten enthalten sein, wie insbesondere nach dem Vorgange von de Retes Opusc. II, 2, 7. u. 19. Glück Comm. IV. p. 375. meint. Diese Stelle, sowie fr. 38.

§. 1. cit. können für die locatio conductio operarum als vollständig beweisend allerdings nicht angeführt werden, weil das Rechtsverhältniß zwischen Advokaten und Clienten, da dabei keine operae locari solitae geleistet werden, nicht unter die Cathegorie der Dienstmiethe fällt. Allein es fällt auch nicht ausschließlich unter eine andere Vertragsform, vielmehr scheint man sich mit analoger Anwendung der für ähnliche Schuldverhältnisse gültigen Normen beholfen zu haben.

Während die c. 11. de c. d. c. n. s. 4, 6. dem Clienten die condictio ob rem dati auf Rückforderung des gezahlten Honorars gegen den Advokaten einzuräumen scheint, hat er nach fr. 8. §. 1. mand. 17, 1. u. c. 9. eod. 4, 35. die actio mandati und das fr. 38. §. 1. loc. scheint in seinem Zusammenhange mit dem Vorangehenden wenigstens auf eine analoge Anwendung der Grundsätze für die loc. c. operarum hinzudeuten.

Welche Vertragsart aber auch vorzugsweise zur Richtschnur gedient haben mag, bei einer jeden der bezeichneten schlägt unser aufgestelltes Princip ein, und ein innerer Grund, wodurch die Annahme einer Singularität bei dem Honorar der Advokaten gerechtfertigt wäre, ist von Glück l. c. nicht angeführt und geltend gemacht worden.

§. 9. Als Resultat dieser ganzen Erörterung glaube ich folgende Sätze hinstellen zu können:

I. Ueberall, wo eine vertragsmäßige Leistung unmöglich geworden ist, entscheidet für die Frage, welcher der Contrahenten den deßhalbigen Nachtheil zu tragen habe, das Moment, ob der debitor an jener Unmöglichkeit schuldlos sei oder nicht.

II. Im ersteren Falle wird die Leistung als geschehen fingirt und es ist die Verbindlichkeit des debitor wie durch Solution getilgt, es trägt also der creditor die Gefahr.

III. Im letzteren Falle wird die Fortdauer der Möglichkeit der Leistung durch Substituirung der Aestimation an die Stelle des ursprünglichen Objekts fingirt, die Ob-

ligation des debitor perpetuirt und es trägt dieser die Gefahr.

IV. Die Grundsätze in Anwendung jener Principien bei der Obligation auf Fungibilien oder ein genus vor Oblation der Leistung Seitens des debitor und bei der alternativen Verbindlichkeit vor Ausübung des Wahlrechts erklären sich aus der Natur dieser Schuldverhältnisse und die Bestimmung für die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung Seitens des Sachvermiethers aus der singulären Beschaffenheit der Verbindlichkeit desselben.

V. In Consequenz der obigen Sätze unter II. u. III. würde unter den allgemein geltenden Aufhebungsgründen der Obligationen nicht das Unmöglichwerden der Erfüllung schlechthin, sondern die ohne Verschulden des debitor eingetretene Unmöglichkeit der Leistung aufzuführen sein, wie dieß unter den neueren Compendienschriftstellern am schärfsten Göschen Vorl. II. §. 458. und unter den neueren Gesetzbüchern der Code civil Art. 1234. und 1302.[30]) hervorgehoben hat.

---

30) Im Art. 1302. ist für die species debita vollständig der leitende Grundsatz des Römischen Rechts ausgesprochen. Er lautet: Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte, si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du debiteur et avant qu'il fût en demeure.